

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de junio de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por don I.O.C., en representación de la empresa AQUAMBIENTE Servicios para el Sector del Agua S.A.U. (en adelante AQUAMBIENTE), contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Canal de Isabel II de fecha 24 de mayo de 2019 por la que se acuerda no tomar en consideración la oferta presentada por la reclamante, en relación con la oferta presentada para el contrato “Servicios de gestión de lodos procedentes de las EDAR y ETAP del Canal de Isabel II, cinco lotes”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de febrero de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 18 de marzo de 2019 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el 6 de marzo de 2019 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la licitación del contrato “Servicios de gestión de lodos procedentes de las EDAR y ETAP del Canal de Isabel II” por el procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El valor estimado de contrato asciende a 9.109.452,03 euros. La duración del contrato es de cuatro años.

Segundo.- El 12 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal la reclamación formulada por el representante de AQUAMBIENTE en la el que solicita que se considere no haber lugar a rechazar o no tomar en consideración la oferta presentada para los lotes II y V.

Tercero.- El 20 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 105 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), solicitando la desestimación de la reclamación.

Cuarto.- A los efectos de la resolución de la presente reclamación procede destacar que el apartado 8 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece:

“8.- Adjudicación del Contrato.

Los criterios para todos los lotes de los dos grupos que han de servir de base para la adjudicación del Contrato son los siguientes:

Al Criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas 100 puntos.

Al 1. Valoración económica: 70 puntos.

Al 2. Criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: 30 puntos:

Al 2.1 Sistema de seguimiento y localización por satélite de transportes que permita una trazabilidad en tiempo real de la posición del vehículo que va a efectuar la retirada. Hasta 5 puntos.

Al 2.2 Antigüedad de la flota de vehículos puesta a disposición del servicio. Hasta 10 puntos.

Al 2.3 Disposición de vehículos propulsados con energías limpias a disposición del servicio. Hasta 5 puntos.

2.4 Nuevas tecnologías en el tratamiento avanzado de lodos de EDAR y ETAP. Hasta 10 puntos.

Criterios sujetos a un juicio de valor: 0 puntos”.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 105 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver las reclamaciones.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*” (artículo 102 de la LCSE).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La reclamación se interpuso en plazo dado que el acuerdo de la Mesa de Contratación fue notificado el 27 de mayo de 2019 y la reclamación se presentó el día 12 de junio, dentro de los 15 días previstos en el artículo 104.2 de la LCSE.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto hay que señalar que la causa de exclusión de acuerdo con lo dispuesto por la Mesa de Contratación es “no acreditan el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de especificaciones técnicas exigidos en el apartado 6 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares” y, en concreto, porque *“incluyeron en la documentación relativa a las especificaciones técnicas, exactamente en la memoria de la organización general del servicio presentada, información de los medios de transporte puestos a disposición del servicio correspondiente a uno de los criterios cuantificables recogido en el apartado 8.A) 2.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, incumpliendo lo establecido en los apartados 6.a) y 6.c) del mismo.”*

El acuerdo se fundamenta en el informe técnico de 21 de mayo de 2019 en el que se hacía constar *“De las 3 ofertas recibidas, las ofertas de las empresas AQUAMBIENTE Servicios para el Sector del Agua, S.A.U. y EDAFO GM, S.A., en la documentación relativa a las especificaciones técnicas de sus ofertas, han incluido información de los medios de transporte puestos a disposición del servicio, que está directamente relacionada con el criterio cuantificable “Antigüedad de la flota de vehículos” (apartado 2.2 del apartado 8.A) del Anexo I del PCAP). En concreto han relacionado las matrículas de cada uno de los medios de transporte con los que prestarán el servicio. AQUAMBIENTE, Servicios para el Sector del Agua, S.A.U. lo ha incluido en las páginas 12, 13 y 14 de su memoria”*.

A este respecto el reclamante señala que el PCAP para la valoración de este criterio requiere la fecha de primera matriculación de los vehículos, dato que no se ha incluido en el Sobre 1 de la oferta de AQUAMBIENTE. Para comprobar la fecha de primera matriculación, el PCAP requiere que en el Sobre 3 se aporte la tarjeta de circulación del vehículo emitida por la Dirección General de Tráfico, documentación que, como se puede comprobar en el expediente, AQUAMBIENTE no ha incluido en el Sobre 1.

Considera que el número matrícula de los vehículos no tiene una relación inequívoca con la antigüedad de los vehículos. La antigüedad de la flota de los vehículos, según lo establecido en el PCAP, está relacionada con la fecha de la primera matriculación de los vehículos. Este dato viene reflejado en la tarjeta de circulación de cada vehículo y no se puede obtener de forma automática con el número de matrícula.

Finalmente, alega que en cualquier caso no se ha vulnerado el secreto de las proposiciones ya que en este caso no existe sobre 2 al no existir criterios sometidos a juicio de valor.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe señala que los pliegos son la ley del contrato y son de obligado cumplimiento, más aún teniendo en cuenta que los pliegos no fueron impugnados y que la presentación de la oferta supone la aceptación de las condiciones de los pliegos sin salvedad alguna.

En este sentido señala que el apartado 6 del Anexo 1 del PCAP requería la inclusión de la siguiente documentación en el Sobre nº 1 de las ofertas de los licitadores (el subrayado y la negrita constan en el propio PCAP): *“Los licitadores deberán incluir en el sobre nº1 de sus ofertas sus especificaciones técnicas de conformidad con el siguiente formato:*

a) Memoria de la organización general del servicio:

Se incluirá un detalle de los medios de que dispone el licitador para la gestión del servicio (instalaciones complementarias, departamentos técnicos, etc.), bien sean propios o subcontratados (haciendo referencia expresa de las empresas auxiliares a subcontratar).

El licitador propondrá la solución más idónea para efectuar la Gestión de los lodos, que deberá estar ajustada a los requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas. Se describirá el procedimiento de transporte y gestión propuesta, la metodología y la calidad de la propuesta, justificando técnicamente el destino que el

licitador ha decidido dar a los lodos, incluyendo criterios medioambientales y de seguridad tenidos en cuenta para las propuestas ofertadas.

No se incluirá en el sobre nº1 información relativa al combustible de los camiones, su antigüedad, ni el sistema de seguimiento y localización por satélite, toda vez que son los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.

Finalmente señala que la inclusión de la referida documentación en el sobre nº 1 no constituye una cuestión meramente formal, sino una cuestión material que afecta a la esencia del procedimiento de licitación. Al haber incluido la reclamante las matrículas de los medios de transporte ofertados, se está incluyendo información relativa a uno de los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas en el Sobre nº I. y se está incumpliendo la cláusula 11 letra B) del PCAP y el apartado 6 del Anexo 1 al mismo que tienen por objeto preservar el secreto de las proposiciones valorables mediante la mera aplicación de fórmulas. Siendo así, tener en consideración las ofertas de AQUAMBIENTE supondría la vulneración de las prescripciones del propio pliego y del principio de igualdad de trato.

Procede, por tanto, determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas y con ello una vulneración de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.*

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

En este sentido, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la*

exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, 'siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal' (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplieran las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: "Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los

licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.”

En el mismo sentido la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC “*En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación*

de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas la 154/2017, de 17 de mayo donde se señala *“El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos”.*

En el mismo sentido, entre otras, las Resoluciones de este Tribunal 96/2019, de 6 de marzo, 186/2019, de 16 de mayo, 204/2019 de 22 de mayo.

Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir.

En el caso que nos ocupa, los criterios de valoración recogidos en los PCAP son:

Descripción del criterio ponderación sobre 100 puntos:

- . Valoración económica: 70 puntos.
- . Criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: 30 puntos.

Por tanto, no se incluyen criterios sometidos a juicio de valor, por lo que la vulneración del secreto de las ofertas en el presente caso no afecta al principio de transparencia y objetividad, ya que el conocimiento por el órgano de contratación de algunos de los criterios sometidos a fórmulas matemáticas que debería estar incluidos en el sobre nº 3 sobre *“proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”* (en la licitación no existe sobre nº 2), con

carácter previo a su apertura, no otorga la más mínima discrecionalidad o posibilidad de manipulación en la valoración de la documentación incluida en el sobre nº 3, al tratarse de criterios objetivos que resultan de una simple operación matemática.

Por otro lado, en el presente supuesto, si bien es cierto que se ha podido desvelar indiciariamente parte de la información referida a la valoración de criterios sometidos a fórmulas matemáticas, al hacer constar la matrícula de los vehículos, no es menos cierto que dicha información no lleva a determinar necesariamente de un modo exacto la antigüedad de los mismos, ya que estos han podido ser rematriculados, y en cualquier caso, requeriría una labor indagatoria del órgano de contratación en aras a su determinación.

Por consiguiente, ponderando las circunstancias del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de la documentación, debe considerarse que, en este caso, no se han vulnerado los principios de objetividad e igualdad de trato, por lo que el motivo debe ser estimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE y 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación interpuesta por don I.O.C., en representación de la empresa AQUAMBIENTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Canal de Isabel II de fecha 24 de mayo de 2019 por la que se acuerda no tomar en consideración la oferta presentada por la recurrente, en relación con la oferta presentada para el contrato “Servicios de gestión de lodos procedentes de las EDAR y ETAP del Canal de Isabel II, cinco lotes”, para los lote II y V, debiendo admitir su

oferta y retrotraer las actuaciones al momento previo de la exclusión.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada el 19 de junio de 2019.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.